7.



POR EL COLEGIO DE LA COMPAÑIA DE Iesus de la ciudad de Ecija.

EN EL PLEYTO

Con don Iuan Alonso de Villauicencio, cauallero del Abito de Sãtiago, como marido de doña Isabel Venegas.

En el articulo sobre la declinatoria, y en respuesta de la alegacion en derecho que se ha dado por parte de don Iuan, en respuesta de la alegacion que se ha dada por el Colegio.

Num.1. *Argumento de todo el discurso.*



DE los tres fundamentos y puntos en que el Colegio apoya la justificació de su declinatoria en la primera alegacion, solo tratan los Abogados de don Iuan Alóso de satisfazer a los dos primeros, videlicèt al de la cóprehension de la donacion del año de 11. en que el Colegio se funda, y al de la translacion de la possessió en que el Colegio pretende estaua al tiempo que se mouiò el pleyto, de percibir y gozar los frutos de los bienes de los mayorazgos sobre que se litiga, insistiendo en que la dicha donacion, ni comprehendio, ni pudo comprehender los dichos frutos y cómodidades, y en que quando los comprehendiera, y pudiera comprehender, no se transfirio, ni pudo transferir genero de possession alguna en que el Colegio pueda fundar su declinatoria, y en el fundamento desto gastan todo su discurso por 74. numeros de alegacion: de donde inferimos reconocer llanamente los Abogados contrarios la justificacion de la declinatoria sobre que es este articulo, y no tener resistencia la pretension del Colegio en quanto a ella, siendo ciertos los dos primeros fundamentos. El vno de que en la dicha donacion del año de 11. estan comprehendidos los frutos y cómodidades destos mayorazgos ritè & rectè. El otro, de que el Colegio estaua en possession de percibirlos al tiempo que se mouio este pleyto; y assi es fuerça, que este discurso sea principalmente en apoyo de los dichos dos fundamentos y puntos, y en satisfacion de lo q̃ cótra ellos se alega y pretende fundar en la alegacion contraria, siguiendo el mismo orden de nuestra primera alegacion, con la breuedad que el poco tiempo que se nos ha dado para este replicato permite, y la que siépre professamos, por no ser molestos a Vs. ms. có nuestras alegaciones.

PRIMERO PVNTO.

Num.2. *La donacion general, aunque sea de todos los bienes no comprehéde los futuros, la vniuersal si.*

¶ La donacion del año de 11. en que el Colegio se funda fue comprehensiua de todos y qualesquiera bienes, derechos, y acciones que doña Beatriz tuuiesse y adquiriesse hasta el vltimo dia de su vida, por qualquiera titulo y causa que fuesse, porque aunque la donacion de todos los bienes, ex communi, & magis recepta Doctorum opinione futura bona, & post factam donationem adquisita non comprehendat, per tex. clarum in l. si ita, ff. de auro & argento legato, cuius verba licet de legato loquantur ad donationem extenduntur, vt firmat glossa magistralis, in l. fin. C. quæ res pignori obligari pos. Felin. in c. fin. de consti. Ripa, lib. 3. respons. c. 2. & quamplures, quos refert & sequitur Ant. Thesaur. decis. 190. n. 1. & seqq. Tamen la donació vniuersar de todos y qualesquiera bienes, derechos, y acciones, como lo es esta, de qua nobis sermo est, comprehendit omnia bona, tàm præsentia, quàm futura, sine vlla restrictione, per text. in l. quoties, §. fin. ff. de vsufructu, l. si ita, ff. de auro & argento legato, & vtrobiq; Bart. & Paul. de Cast. idē Bart. cós. 21.

n. 2.

n.2.lib.1. Crabeta, consf.381.n.3. Rolan.á Valle, consf.54. nu.4.vol.3. Ruin. consf.77. n.7.in fin.vol.2. Fontanela, de pactis nuptial.clausula 4.glosf.21. p.2.à n.41.& Anton. Thesaur.d.decisf.190.n.6.& 12.Surd.consf.73.n.61.

Et vt cumque sit en los terminos de la questiou precedête, en los de nuestra donacion, nulla posset esse ratio dubitandi, tùm, porque no solo doña Beatriz vsò de las palabras y terminos generales, idest, *Omnia quæcumque bona, iura, & actiones*, sino tambien de otras palabras mas cõprehensiuas y expresiuas de la voluntad que tuuo de querer comprehender en la dicha donacion todos y qualesquiera bienes que adquiriesse, por qualquiera causa que fuesse, ibi: *Y de todos los demas bienes rayzes, muebles, y semouientes, que tengo, tuuiere, y adquiriere, por qualquiera titulo, causa, y razon que sea, hasta el dia de mi fallecimiento, hago gracia y donacion, &c.* Tùm etiam, porque juntamente con auer donado doña Beatriz todos y qualesquiera bienes que adquiriesse, hasta el dia de su muerte, reseruò demas de su sustento, y el de su familia 1500. ducados para poder testar, con que vino a declarar mas su voluntad, y a comprehender en la dicha donacion todos y qualesquiera bienes que adquiriesse, y pudiesse adquirir hasta el dia de su muerte, excepto la cantidad que reseruò para testar; exceptio enim firmat & ampliat regulam in contrarium, ad quod est tex. elegans & expressus in l. generali, §. vxiri, ff. de vsufructu legato, & in propria specie, Crauet.consf.15.n.8.& consf.213.n.12.Socin.iun.consf. 89.n.12.lib.3.Beroius, consf.44.nu.3.& plures relati á Thesauro, d. decisf. 199.n.8.& à Fõtanela, de pact.nupt.d.glosf.21.clausf.4.p.3.n.26.cum seqq.

Num.3. *Maxime, quando en la donacion se vsa de palabras muy comprehensiuas de los bienes presẽtes y futuros.*

La reserua de cantidad cierta para testar amplia mas la donacion en todos los bienes restantes.

Et sic concludunt omnes DD. regulariter donationem hoc modo conceptam non valere, tàm iure communi, quám Regio, quippe cùm omnimodam facultatem testandi donatori auferat, vt videre est apud Bart.& Paulum de Castro, & omnes, in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb.oblig. Couar. lib.3. variar. c.11. per tot. Fontanel. de pactis nuptial.clausf.4.glosf.21.p.1.á num.1.cum seqq. Faquin.lib.6.c.87. per tot. Ioan.Gut.de iura.confir.1.p.c.11.per tot. D. Ioannem del Castillo, lib.4. controu.c.53.ac denique omnes in l.69. Tauri, exceptis tamen quibusdam casibus, videlicèt quando similes donationes Ecclesiæ, vel alicui loco pio fiunt, pro quo adducitur text.in l.iubemus 2.C. de Sacrosf. Ecclesf. Bart. in l.fin.C.de pactis, n.13. Couar. Ant. Gom. Clarus Frachis, Spino, Seraphino, Gutierrez, & alij innumeri, quos congerunt Fontanel. de pactis nuptial.clausf.4.glosf.21.in 2.p.glossæ, n.2.cum seqq. vel quando demas del sustento necessario para el donante y su familia reserbatur quantitas considerabilis ad testandum, vt tradunt omnes superius relati, y particularmente los Tauristas, in d.l.69. Tauri, Mantica, de tacitis, & ambiguis cõuentio.lib.3.tit.26.per tot. Iacob. Cancer. variar. lib. 1.c.8.n.46. aut quando donatio fit ex causa onerosa, vel cum aliquo grauamine, aunque no sea mas de la conseruacion del nombre y memoria, l.hoc iure, §. vltimo, ff. de donatio. D. Molina, de primog.lib.2. c.10. n.17. Molina Iesuita, in tract.2. de iustit.&iu.disp.179.col.3.versf. *Donatio*, D.Casti-

Num.4. *Y la donaciõ hecha con semejãtes clausulas, no vale sino es en ciertos casos y limitaciones, que todas concurrẽ en esta donacion.*

D.Castillo,d.c.53.á n.35.eleganter Steph.Gratian.disceptat. c.381.n.24. ac denique quando iuraméto huiusmodi donationes vallatæ fuerint, ad text. in c.cũ.contingat,de iure iurando,Ant.Gomez,in d.l.69. Tauri,n.4.Matienço,plures referens,in l.8.glos.1.n.8. tit. 10. Couar. in rubr. de testam.2.p.n.4.& seqq.Molina Teologus,d.tract.2.disput.151. & disput.280.D. Castillo,lib.4.controu.c.53.n.14.& seqq.limitaciones todas que concurren en nuestra donacion,por auerse hecho a Colegio, con reserua de 1500.ducados,para poder testar doña Beatriz, y con cargas y grauamenes tan grandes de auer de alimentarla el Colegio a ella y a su familia de todo lo necessario,tenerla por patrona,y conseruarle su memoria,armas,y apellido en todas las partes del dicho Colegio mas principales,y jurò la dicha donacion.

Num.5.
Esta donacion de que se trata fue solo de los frutos y comodidades de los bienes destos mayorazgos sobre que se litiga,y esto que pudo donar doña Beatriz fue visto comprehender en ella.

Lo qual supuesto,non dicimus prędictam donationem,vt cumque vniuersalis fuerit auer comprehendido,ni querido doña Beatriz comprehender en ella los bienes de los dichos mayorazgos ni su propiedad; esset enim nulla donatio,cum esset facta contra prohibitionem,ad tradita per D.Molin.de Hispano.primog.lib.1.c.6.n.30.& lib.4.c.1.n.6.D. Castillo,lib.4.c.9.n.84.Fusar.de substi.q.717.n.1.ni tampoco auer querido doña Beatriz hazer donació del vsufruto de los dichos bienes,quatenus est seruitus formalis,hoc enim cùm species sit alienationis posset defendi esse prohibitum,iuxta eundem Molinam, de primog. lib. 1.c. 20.n.8.Fusar.de substi.q.701.n.2.cum seqq.traditque plura Statilius Pacificus, de saluiano interdicto,c.2.inspectione 3.á nu.790. lo que dezimos es auerse comprehendido en la dicha donacion los frutos y commodidades destos mayorazgos,y la facultad y derecho de poderlos percibir toto tempore vitæ donatricis,sin que pueda persuadir lo cõtrario lo que los Abogados de don Juan Alonso tratan de fundar in sua allegatione,n.7.& seqq.& magis in indiuiduo,á n.43.porque doña Beatriz quiso y pudo donar los dichos frutos,y commodidades,y derechos de percibirlos,como verdaderamente las donò.

Num.6.
Muestrase como doña Beatriz quiso comprehender los frutos y commodidades sobre que se litiga por muchas razones.

La primera es,porque los frutos que se van adquiriendo van recayendo en la donació vniuersal.

Del requisito de la voluntad no parece puede dudarse, por muchas razones.La primera,porque la donacion de todos los bienes presentes y futuros,derechos,y acciones comprehende,quidquid in bonis donãtis inuenitur vsque ad vltimum vitæ spiritum, vt probant iura & DD. relati sup.n.2.& 3.Y para que valga,necessarium est quod reserbetur fructuum perceptio,& aliqua quantitas ad testandum,vt probant DD.superius relati,n.5.Y si en semejantes donaciones,fructus percipiendi,aut facultas eorum percipiendorum non comprehenderentur, no se pudiera dezir donacion de todos los bienes presentes y futuros,neq; ablata facultas testandi donatori ex defectu bonorum, ni auia necessidad de reseruarlos,vt donatores possent sibi alimenta necessaria sumere, quam rationem expressè fatentur Paul. Castrens.in l.vltima,n.10.C.de pactis,idem Paul.cons.75.n.8.lib.2.& cum alijs D.Couar. lib.3. variar. c.12.n.1,ibi: *Et enim donator de iure vsusfructus testari non valet cum id morte finiatur,*

finiatur, de ipsis similiter fructibus testari nequit, vbi donatio fit omnium etiam futurorum bonorum, siquidem tunc veniunt fructus ex re donata percipiendi in ipsam donationem: no obstante, que los frutos y commodidades sobre que se litiga sean de bienes de mayorazgo prohibidos de enagenar; porque puesto que en este caso no quiso doña Beatriz comprehender los bienes de los dichos mayorazgos en propiedad, porque no pudiera, fue vista auer querido comprehender los frutos y commodidades dellos, y el derecho de percibirlos, por ser cosa propia, & quod in bonis eius inuenitur, l. qui tabernas, de contrahen. empt. ibi: *Qui tabernas argentarias, vel cætera, quæ in solo publico sunt vẽdidit, non solum, sed ius vendidit cum istæ tabernæ publicæ sunt, quarum vsus ad priuatos pertinet*, l. necessario, §. cũ vsumfructum fin. ff. de peri. & com. rei venditæ, & vtrobique Bart. & Bald. ad hoc videndi Barbos. in l. vsufructu, n. 3. & 5. ff. solut. matrim. Molina Theologus, de iust. & iur. tom. 1. disput. 7. in fin. & cum Couar. Gãma, & alijs, Thomas Sanchez, de Religiosso statu, lib. 7. c. 13. nu. 17. y Valençuela Belazquez, cons. 56. n. 1. cum seqq. resuelue, quòd in dispositione generali facta à maioratus possessore venire fructus & commoditates maioratus, sicuti alia bona libera, latè Fusarius, de substitutionib. q. 703. n. 10. infinitos allegans eleganter Rota, diuersorum, decis. 166. 1. par. per tot.

La segunda razon es, porque los textos y doctrinas que quedan referidas en el numero precedente, proceden aun en caso, que la donacion vuiera sido expressa delos bienes de los dichos mayorazgos; porque en duda se presumiera doña Beatriz auer querido donar los frutos y commodidades dellos: pero los terminos de nuestra donacion son mas faciles y claros; tùm, porque es vna donacion vniuersalissima de todos y qualesquiera bienes rayzes, muebles, y semouientes, de qualquiera calidad y condicion que sean, y por qualquiera causa y razon que doña Beatriz los adquiriere o heredare, en que forçossamente se comprehendieron los dichos frutos y commodidades: *bonorum enim appellatione fructus continẽtur*, l. bonorum appellatio 49. ff. de verb. sign. l. mandatis fin. ff. de requirendis reis, ibi: *Diuus Trajanus inter mouentia fructus quoque contineri rescripsit*: expressè Rebuf. in l. mouentium, ff. eod. tit. Deci. cons. 472. n. 4. & sequentib. ad hoc videndus; porque habla en terminos de vna disposicion vniuersal como esta, & in terminis Bald. cons. 163. incipit, statuto cabetur, lib. 1. in princ. qui ait appellationem bonorum venire commoditatem fructuum. Tum etiam, porque si bien se considera esta donacion, no vino a contener en sustãcia mas que los frutos que doña Beatriz auia reseruado para si de todos los bienes que tuuiesse y adquiriesse por qualquiera titulo, aduirtiendo, que son tres las donaciones que doña Beatriz ha hecho en fauor del Colegio. La primera de fundacion, en compañia de doña Francisca de Cordoua su tia, por Iulio del año passado de 1598. de ciertos bienes que entonces posseia, con reserua de vsufructo. Otra por Mayo de 608. en que hizo ciertas subrogaciones,

Num. 7. *La segunda razon porque en apelaciõ de bienes muebles se comprehenden frutos.*

Bonoru appellat. veniunt fru[illegible]

La tercera razõ es porq̃ a no comprehender estos frutos no viniera a seruir de nada la tercera donacion: y ponderanse las clausulas y palabras della.

gaciones,

gaciones,en lugar de algunos bienes que auia vendido,y hizo donació al Colegio de otros,y de todos los demas bienes que tuuiesse,y quedassen al tiempo de su fallecimiento,con reserua de vsufructo,y esta tercera,de qua nobis sermo est,como se refiere en la escritura de la dicha donacion,ibi: *Digo,que por quanto doña Francisca de Cordoua mi tia,difunta,y yo, por escritura que otorgamos por Julio del año passado de 1595. hizimos donacion al Colegio de la Compañia de Jesus desta ciudad,para su fundacion,de todos los bienes,juros,casas,y censos,y tierras de pan,y otros que teniamos:* & vlterius, ibi: *Y para escusar dudas y diferencias,por escritura que otorguè ante el presente escrivano,en 11. dias de Mayo del año passado de 1608. declarè:* & vlterius, ibi: *Y aprouè, y ratifiquè la dicha escritura de donacion,y la hize de nueuo de los juros y mas bienes que auia comprado,y de todos los otros bienes muebles,rayzes, y semouientes que yo tuuiesse,y quedassen al tiempo de mi fallecimiento,y reseruè en mi el vsufruto de todos los dichos bienes por los dias de mi vida,y mas 1500. ducados,para disponer dellos en mi testamento,o fuera del:* & ibi: *Y aora por inconuinientes que he experimentado de gastos y menoscauos de hazienda,por falta de administracion,y porque mi intencion ha sido y es,que toda mi hazienda y bienes rayzes,muebles, y semouiẽtes,derechos,y acciones,assi los que de presente tengo,como los que adelante tuuiere adquiriere,o heredare,o por qualquiera via,y forma me pertenecieren,se empleen todos en seruicio de Dios nuestro Señor,y sustento y acrecentamiento del dicho Colegio de la Compañia de Jesus desta ciudad,he acordado con deliberada voluntad,y en la mejor via y forma que huuiere lugar de derecho,de otorgar,y otorgo, que me desisto y aparto del dicho derecho que tenia,y auia reseruado en mi,para gozar por los dias de mi vida,de los rentos y frutos de los dichos bienes,y los cedo,renuncio,y traspasso en el dicho Colegio,y dellos,y de todos los demas bienes rayzes,muebles,y semouientes,que tengo,tuuiere,y adquiriere,por qualquiera causa,o razon que sea, hasta el dia de mi fallecimiento,hago gracia y donacion,buena,pura,perfecta,y irreuocable,&c.* Porque auiendo en la segunda donació del año de 608. doña Beatriz hecho donacion vniuersal de todos sus bienes presentes y futuros,no vuo necessidad de que en esta tercera escritura boluiesse a hazer nueua donacion de los dichos bienes si no fuesse para dar a entender la voluntad tan verdadera y tan exuberante que siempre tuuo de comprehender en la dicha donacion todos, y qualesquiera bienes que adquiriesse,o pudiesse adquirir por qualquiera causa o razon que fuesse, y para quitar qualquiera duda o escrupulo que se pudiesse ofrecer,y solo huuo necessidad de que la hiziesse de los frutos que auia reseruado por los dias de su vida,y de que podia disponer ad libitum, vt tradunt DD. relati supra n.4. y consta de las palabras de la misma reserua, y consistiendo lo principal de la dicha donacion vltima en los frutos,que de todos los bienes que adquiriesse doña Beatriz auia reseruado,no percibimos,como se puede dudar,q̃ doña Beatriz quisiesse hazer donacion de los frutos de los dichos mayorazgos,para en caso de llegar a suceder en ellos.

Num.8. *Tertia ratio est.*

La tercera razon nace del fundamento de la precediente,porque si en

en la segunda donacion del año de 608. que fue de los bienes presentes y futuros doña Beatriz reseruò todos los frutos por los dias de su vida, forçossamente se ha de confessar, que en esta reserua comprehendiò, y quiso comprehender los frutos y commodidades de los bienes destos mayorazgos, aliàs auian de quedar comprehendidos en la donacion, luego si en esta donacion tercera se desiste de los dichos frutos, y del derecho de percibirlos, sin exceptar cosa alguna, y le haze donacion dellos a la Compañia: en esta donacion comprehendio los frutos sobre que se litiga, como tambien estauan comprehendidos en la reserua, cōtrariorum eadem debet esse disciplina, l.1. ff. de his qui sunt sui, vel alieni iuris, cum similibus, l. final, §. final, ff. de leg. 3. glos. in authent. vt non fiat pign. vers. Non enim, collat. 5. Jas. in l. si ex toto, in prin. ff. de legat. 1.

porque auiendose cō prehēdido estos frutos en la reserua de la 2. donacion se comprehendierō en la donacion tercera, que fue de los frutos reseruados.

La quarta, y que reduze la voluntad de la dicha doña Beatriz a terminos claros y euidentes, es, porque luego como sucedio en estos mayorazgos doña Beatriz, y los aceptò, y tomò la possesion judicial dellos, permitio, que la Compañia percibiesse, y cobrasse sus frutos y rētos en execucion de la dicha donacion; y los percibieron y gozaron mas de dos años quieta y pacificamente, como parece por las prouanças de testigos, y cartas de pago, de quibus inferius suo loco speciatim agemus, conque quando pudiera tener alguna duda la comprehension de la dicha donacion, y si tuuo o no doña Beatriz voluntad de donar estos frutos, tempore quo celebrata fuit estuuiera declarada, quia talis contractus præsumitur & voluntas contrahentium, qualis obseruātia subsequuta per ipsos demonstrat, c. cum venissent, vbi glos. verb. *Probatum*, & verb. *Fuisse*, de institut. Surd. cons. 144. n. 44. & cons. 335. num. 26. & 27. Steph. Gratian. discept. forens. c. 377. n. 18. ad hoc videndus, & c. 978. nu. 26. & 27. tomo. 5. nemo enim persuaderi poterit, a que si la voluntad de la dicha doña Beatriz en la dicha donacion no huuiera sido de comprehender los frutos y commodidades de los dichos mayorazgos, huuiera permitido, que los huuiera percibido y gozado la Compañia, eo ipso que sucedio en ellos.

Num. 9. *La quarta, de la obseruancia y execucion de la dicha donacion.*

Ex quibus plura conueniuntur, quæ ex aduerso ponderantur in contraria allegatione, & in primis lo que se dize en el n. 7. & 44. nempè, que no ay palabras en nuestra donacion en que doña Beatriz hiziesse mencion de commodidades, ni de derecho de percibirlas, ni de frutos de bienes, cuya propiedad no donasse, pues por lo que queda fundado ay muchas palabras de donde se pueda colegir la comprehension dellas, y de los dichos frutos, sin que tengamos necessidad de valernos de las palabras de la dicha tercera donacion que el Abogado contrario refiere en el dicho n. 7. porque los dichos frutos y commodidades sobre que se litiga estan comprehendidos en la donacion de todos los bienes presentes y futuros, quia bonorum appellatione fructus quoque continentur, vt ex l. bonorum appellatione, l. mouentium, ff. de verborum significatione, Rebufo, Decio, & alijs resoluimus supra numero 7.

Nnm. 10. *Comiençase a respō der a lo que se opone contra la voluntad de doña Beatriz, cō las palabras de la misma donacion.*

Y en

y en la donacion que doña Beatriz hizo de los frutos que auia reseruado de todos los bienes presentes y futuros de la segunda escritura; porque auiendose comprehendido los frutos y commodidades sobre que se litiga en la dicha reserua, tambien se huuieron de comprehender en la renunciacion y donacion della, y de los dichos frutos, como tambiē consta ex dictis, d.n.7.& 8. Y tambien se comprehenden los dichos frutos y commodidades clara y euidentemente en las palabras siguientes de la dicha donacion, a las que el Abogado contrario pōdera, ibi: *E los pueda pedir e cobrar judicial, y extrajudicialmente, assi lo que hasta oy se me deue de lo corrido de los dichos juros, y censos, y rentas de las dichas tierras, y demas bienes que tengo, como los que corrieren de aqui adelāte, de qualesquiera personas que los deuan. y sean a su cargo de los pagar.* Y porque las palabras que de contrario se ponderan, ibi: *Para que en todo ello suceda desde oy en adelante para siempre, assi en la propiedad de los bienes expressados en esta escritura, como en las otras dos de fundacion en ellas citadas, como en todos los frutos y rentos dellos*, apelan sobre los bienes especificados en las dichas escrituras, que fueron los que de presente donò, como expressamente se colige de las dichas palabras, ibi: *De todos los bienes expressados en esta escritura, y las otras dos de fundacion en ella citadas*: y assi puesto que aquellas palabras, *los frutos y rentos dellos*, se ayan de referir a frutos y rentos de bienes, cuya propiedad se donò, y se podia donar por ser libres, no por esto se restringio la comprehension vniuersal de las dichas donaciones de todos los bienes no especificados, porque aun no se auian adquirido, que auian precedido, en que quedaron comprehendidos los dichos frutos y commodidades, pues es cierto que la dicha clausula no se puso para restringir las dichas donaciones, sino para mayor especificacion y abundancia, quia dispositio generalis præcedens nō restringitur per specificationem eorum, quæ in ea continentur, potius censetur ex abundanti adiecta specificatio, nisi cum aliquo verbo restrictionem denotanti proferatur, l. quæsitum, §. si quis fundum, ff. de fundo instructo, ad hoc videndus & Alberic. in l. titia, §. Marco, n.4. ff. de annuis legatis, como se manifiesta por las palabras siguientes que dexamos referidas tan exuberātes y vniuersales, y por la execucion de la misma donacion, de qua supra nu.9. Y el mismo sentido y inteligencia tienen las palabras de la cession y causa propia que se siguen, para que el Colegio pueda cobrar y percibir los dichos frutos, que tambien se ponderan juntamente con las referidas por el Abogado contrario, porque son executiuas de las precedentes, y no mudan ni agenan la naturaleza de la disposiciō, ex iuribus & DD. inferius, n.12. referendis.

Estas palabras que pondera D. Ysabel no se pusieron para restringir la donacion, sino para ampliarla, y se refieren a los bienes de presēte donados, y no a los futuros.

Las palabras executiuas no mudan ni alteran la naturaleza de la disposicion.

Num.11.

Tampoco se puede dudar de la potestad de la dicha doña Beatriz, porque pudo

Y auiendo querido comprehender en las dichas donaciones doña Beatriz estos frutos y cōmodidades sobre que se litiga, es llano el auerlo podido hazer, no pretendiēdose por el Colegio mas que el derecho de percibir los dichos frutos por los dias de la vida de doña Beatriz, segun, y como ella lo podia hazer, ad quod sunt iura expressa la dicha l.

qui

qui tabernas de contrahend. emption. donde qui tabernas argentarias in solo publico ędificatas vendidit, no pudiendo vender la propiedad del suelo, quipé cũ nullius esset, l. loca publica, ff. de vsucapio. pudo, y quiso vender el vso dellas; quia ad suos priuatos vsus spectabat, y la l. necessario, §. cum vsumfructum de periculo, & commodo reiuenditæ, donde auiendo vendido vno el vsufruto, y no pudiendo consistir la venta en el derecho formal del vsufruto, consistio en el derecho de gozar, y percibir los frutos; quipè cũ in bonis vsufructuarij fuerint; y lo mismo deciden la l. arboribus, l. non vtitur cum duabus seqq. ff. de vsufructu, donde no pudiendo el vsufrutuario vẽder, ni donar el derecho del vsufruto, sin que luego no se consolide con la propiedad, se puede vender, y donar el derecho de gozar, y percibir los dichos frutos, y en duda se tiene esse derecho por vendido, y donado, sin riesgo de contrauencion, Bart. in l. si is qui, §. vsusfrutus, ff. de pignor. num. 1. Salicet. in l. 1. C. si pignus pigno. datum sit, y Negusancio, y otros muchos q̃ refiere, y sigue Estatilio Pacifico de Saluiano, inspect. 3. cap. 2. nu. 799. & 805. resueluen, que en las enagenaciones de Bienes feudales emphiteuticos, y prohibidos de enagenar, se puede enagenar, y es visto enagenarse el derecho de percibir los frutos, y comodidades de semejantes bienes, y Mieres, de maiorat. 3. par. q. 9. num. 112. cum Bertrando, cons. 199. n. 1. resoluit donationem bonorum restitutioni subiectorũ valere pro vita donantis, y Thomas Sanchez, de Religios. statu, lib. 7. c. 13. n. 13. 14. 15. 16. & 17. quem pro omnibus videre sufficiat, resuelue lo mismo con infinitos, y en particular, refiriendo al señor Molna, lib. 1. c. 20. y Gama, decis. 92. con Bart. y Bald. in l. spem, C. de donationib. resuelue por toda ella, que se puede donar el derecho del fideicomisso, y mayorazgo en que se espera suceder post mortem alterius, y que en sucediendo, donatio in fructibus, & cõmoditatibus consistit, quæ decisio vidẽda est, porque es ajustadissima a nuestro caso, & eius additionator, Flores que refiere infinitos Doctores estrangeros, y del Reyno, tenentes prædictam resolutionem tãquam indubitatam, idem Gama, decis. 299. per totam, etiam videndus.

hazer donacion destos frutos, y comodidades, aunq̃ fuessen de bienes prohibidos de enagenar.

Num. 12.

Proponese a vna replica q̃ se haze por los Abogados contrarios en los mismos textos, y Doctores que quedan põderados en el numero precedente, y respondese a ellos con ellos mismos.

Sin que a esto obste la salida q̃ se quiere dar a los dichos textos y autores, con las palabras mismas de Tomas Sãchez, in eodem loco, y de Barbos. in l. vsufructu, n. 6. ff. solut. matrim. que se refieren en la alegacion contraria, n. 7. ni el argumento que se saca de la doctrina de los Doctores, in l. qui Romæ, §. duo fratres, ff. de verb. oblig. Cabalcan. de vsufruct. n. 99. Menoch. lib. 4. de præsumpt. præsumpt. 142. D. Castillo, lib. 1. de vsufructu, c. 39. n. 13. referidos en la alegacion contraria, n. 37. ni la ponderacion de la clausula de la fundaciõ destos mayorazgos, que habla cerca de los frutos, ibi: *Porque mi voluntad es*, de quibus in allegatione contraria, n. 23. porque a lo primero se responde, que Tomas Sanchez, y Barbosa, y los que ellos refie-

ren

ren limitan la proposicion de que nos valemos, supra num. 11. todas las vezes que se trata de enagenar expressamente lo que està prohibido de enagenar, como si vno donasse los bienes de mayorazgo a vn estraño, eo modo quo illa tàquam successor habebat, o el derecho del vsufruto, eo modo quo illud habet; que en este caso por cõstar de la volũtad expressa de auer querido enagenar derecho in enagenable, la enagenacion esset nulla, pero todas las vezes que la enagenacion, o donacion simpliciter esset facta de los bienes prohibidos de enagenar, o del vsufruto; tunc enim pro valore actus censetur sola cõmoditas, & ius vtendi alienatum, & donatum Bald. in d. l. necessario, §. finali, num. vnico, D. Couarrub. Gregor. Lop. Ioan. Garc. de expensis, Molina Iesuita, & alij quos refert & sequitur Pater Thomas Sanchez, de Relig. statu, d. lib. 7. c. 13. n. 17. ibi: *Quod adeo verum est, vt quamuis vsufructuarius vendat rem ipsam, cuius proprietas ad alium spectat non censetur vendere vsumfructum, aut rem, quæ non est sua, sed cõmoditatem quam in ea habet, sicut si pater vendat aduentitia filij, vt bené tradunt alios referentes Couarrub. & Molin. ibidem Honded, cons. 19. numer. 21. volum. 2. imo quamuis dicat se vendere vsumfructum, vel ius vtendi, & fruendi quod habet in re, est interpretandum aduersus verborũ proprietatem de cõmoditate quam habet ex eo vsufructu, vt actus valeat, atque ita tradunt Barbosa, & Ioan Garc. superius allegati secus autem eßet si venditor explicaret se vendere ius vtendi, & fruendi eo modo quo illud habet, tunc enim constaret de voluntate vẽdendi iuris, & sic venditio esset nulla; vt bené tradit Barbosa.* Y no se hallara palabra en toda la contextura de la escritura de nuestra donacion, de donde se pueda colegir mas que la voluntad de auer querido doña Beatriz hazer donacion en fauor del Colegio, de todos, y qualesquiera bienes que tuuiesse, y de que pudiesse disponer, añadiendo la clausula, meliori modo quo posset, que dexamos referida supra num. 7. post medium, que salua, y quita qualquiera dificultad, y reduze el acto a lo posible, para que por qualquiera via que pueda tener efeto lo tẽga; Felinus, in cap. cum super, nu. 11. de officio delegati, Socin. cons. 173. n. 4. lib. 3. Puteus, decis. 230. lib. 2. & cum multis, Marta, de clausulis, clausula 88. num. 1. & 2. y las palabras de la cesion, y poder en causa propia, que tambien se refiere en la alegaciõ contraria, d. n. 7. son executiuas, y del mismo sentido, y concepto, y asi no alteran la naturaleza de la disposicion, ex text. in clement. 1. de prebend. Abb. in cap. cum nostris, in fine, de concessio. præbẽd, D. Couarr. in rubri. de testam. 2. p. n. 12. D. Molin. de primogen. lib. 4. c. 2. n. 42.

Palabras executiuas nõ alterã la disposicion.

Num. 13.

Los frutos de la cosa sugeta a restitucion, puedense enagenar pro tempore vitæ alienãtis; pero

Y a lo segundo se respõde, que los Doctores in l. qui Romę, §. duo fratres, Caualcan. Menoch. D. Castill. superius n. 12. relati, hablan en caso claro, y muy diferente al deste pleyto, videlicèt, quãdo quis est grauatus rem restituere in casu mortis, hoc enim casu, resueluẽ, que este tal, haziendo testamento, y legando el vsufruto de todos sus bienes, no es visto comprehender el de los bienes sugetos a restituciõ,

mas

mas esto es porq̃ con su muerte llega el caso de la restitució, y no es dueño de los dichos bienes, ni de sus frutos, por pertenecer al fidei comissario; pero si el disponer de los frutos de sus bienes, fuesse en su vida por acto entre viuos, eo modo, en el caso de nuestro pleyto, es llano que se comprehendieran en esta enagenacion los frutos, y comodidades, y derecho de percibirlas de las cosas sugetas a restitucion, toto tempore vitę grauati, por todos los fundamentos q̃ dexamos referidos, y por lo que resueluen en estos terminos Iason, cons. 124. lib. 4. Pedro Surdo, cons. 73. nu. 61. & 71. Craueta, cons. 381. nu. 5. volu. 3. DD. in l. spem, C. de donationib. y en terminos Gama, decis. 92. relata supra nu. 11. in fine, ad hoc videnda plura Fusarius, de fidei commissaria substitutione, q. 703. num. 12.

no para despues de la muerte, que viene a ser en daño del substituto.

Y la tercera instancia que se haze en la clausula de la fundacion destos mayorazgos, de qua sup. n. 12. juntamente con las razones en que se pretende apoyar in allegatione contraria, à n. 9. es cosa sin fūdamento: túm, por lo que queda fundado, y respondido en nuestra primera alegacion, n. 11. & 12. 13. & 14. Tum, porque quando expressamente huuieran los fundadores prohibido la enagenacion de los frutos y commodidades de los dichos mayorazgos, esta fuera vna prohibicion nula, y sin ningun valor ni efeto, por la razon del texto in l. filius famil. §. diui, ff. de leg. 1. & in terminis resoluit D. Molina, de primog. lib. 4. c. 11. n. 12. & 13. Belazquez, de Valéç. d. cons. 56. per totum, qui similiter cócludunt maioratus possessorem bona, & corū cómoditates alienare prohibitum, non contrauenire, neque in pœnam priuationis incidere si huiusmodi fructus, & cómoditates alienauerit, y demas de las razones en que los dichos Doctores se fundan, addi altera potest de qua nos in d. nostra allegatione, n. 13. & 14. videlicèt, que gozando la Compañia de los frutos, y comodidades, como cessonario de doña Beatriz, y representando su persona, como los ha percibido, y gozado; para cuyo efeto se pusieron en la dicha donació tercera las palabras de la dicha cesió, y poder en causa propia, vt dictum est supra nu. 12. viene a ser lo mismo para el conceto del testador, cum is qui loco alterius vtitur, & fruitur vna eadé que persona reputetur cum illo, l. arboribus, l. non videtur, cū duabus sequentibus, ff. de vsufructu, & tradunt eleganter Ioann. Garc. de expensis, c. 10. n. 39. & Thomas Sáchez, de Religios. statu, d. lib. 7. c. 13. n. 12. ad hoc omnino videndi. Particularmente auiédose hecho la donacion de los dichos bienes, y frutos para vn fin tan religioso, y loable, magnus enim est fauor qui pro Religione facit. Prohibieron los testadores la enagenacion de los dichos mayorazgos, y excluyeron de la sucesió dellos a los Religiosos, pero doña Beatriz no á enagenado bienes de los dichos mayorazgos, sino los frutos, y comodidades dellos, que es hazienda, y patrimonio propio suyo; ni el Colegio pretende suceder en los dichos mayorazgos, iure successionis,

Num. 14.
Respōdese a la clausula de las fundaciones de los mayorazgos en que doña Ysabel funda la prohibició dela enagenacion de los frutos.

ni

ni percibir los dichos frutos, y comodidades, como sucessor, sino percibirlos como donatario, y cessonario de la dicha doña Beatriz, como lo pudiera hazer qualquiera estraño que en ninguna manera tuuiesse derecho de suceder en quien doña Beatriz los huuiesse enagenado, como cada dia sucede, q̃ los posseedores de los mayorazgos obligan, venden, y empeñan los frutos de sus mayorazgos, por los dias de su vida, y no deue ser de peor condicion el Colegio, ni para esto fue necessario particular disposició cerca de los frutos, y comodidades, como lo quiere dar a entender el Abogado contrario, n.11. & 12. de su alegacion, porque en la disposicion, y donacion general y vniuersal de bienes presentes, y futuros, quedaron comprehendidos los frutos, y comodidades, como si se huuiera hecho especial mencion dellos, vt ex dictis à nu.2. expressè constat, y porque el genero comprehendit in se omnes, & singulas species, quæ sub eo cóprehendi possunt; sin que sea necessario nóbrarlas, vt in specie nostra, que la donacion fue vniuersal de todos los bienes presentes, y futuros, decidit Imperator in l. si quis argentum, §. sed & si quis vniuersitatis, C. de donatio. Alexand. cons. 157. n. 2. vers. Absque singulari, lib. 2. & magis in indiuiduo, Decius, cons. 472. á nu. 4. & ex iurib. & DD. relatis supra num. 7. Con lo qual tambien cessa lo que de cótrario se pondera in allegation. contraria, nu. 21. & 22. porque doña Beatriz tuuo voluntad de donar los dichos frutos, y comodidades, y pudo donarlos, como verdaderaméte los donó; y quãdo no fuera tan expressa la donacion, y por modo tá permitido, se deuiera interpretar meliori modo, para que valiesse por los fundamentos, de quibus supra num. 11. y por la clausula, *meliori modo*, de que vsó ex dictis supra num. 12. y cessa tambien la resolucion de Bart. Mari. Frecia, y Scipion Robito, y Menoch. alegados in allegatione contraria, n. 37. porque doña Beatriz en las dichas donaciones no hizo acto en que pudiesse prejudicar a los sucessores, ni aqui se trata de mas frutos, y comodidades que por el tiempo de la vida de la dicha doña Beatriz que ya es de tanta edad, que ha de venir a ser este pleyto de poca consideracion.

El efetō que obra la clausula meliori modo.

Num. 15.
Respondese al fundamento de la alegacion contraria, num. 44.

Quibus suppositis, para la conclusion deste primero punto, solo nos resta por satisfazer a los textos, y doctrinas alegadas en la informacion contraria, num. 44. cum tribus sequentibus, probari nititur, que el señor de los bienes, y propiedad, quamuis habet vsumfructũ, & commoditates eorum, esto no lo tiene por derecho separado, sino por naturaleza del dominio, causaliter ex Alexand. in l. interdum, §. finali, de acquirend. possessión. ex l. vti frui, ff. si vsusfructus petatur, y quien dona, o vende todos sus bienes, derechos, y acciones, no dona, ni vende derechos separados de la propiedad, porque para constituyr derecho separado de la propiedad del que la tiene, lo ha de hazer por alguno de los modos de derecho, §. 1. insti. de vsufructu,

vbi

vbi glossa, y que doña Beatriz no donó los frutos de sus bienes, como cosa separada de la propiedad, sino como frutos de propiedad donada, y que quando se quiera considerar donacion de los dichos frutos, como cosa formal, y separada del dominio, vendria a ser vna donacion de vn vsufruto formal, per text. in l. si quis legauit 24. ff. de vsufructu, l. per seruum 14. §. 1. ff. de vsu, & habita, l. cum ita 14. ff. de vsufructu legato, in bonis maioratus, & prohibitis alienari sustineri nõ potest ex Bart. in l. codicillis, §. instituto, q. 2. de legat. 2. Negusan. de pigno. 2. membro, p. 2. num. 49. ex Molin. & alijs qui recensentur in contraria allegatione, num. 59.

A que tambien se satisfaze, y responde. Lo primero, que es assi, quod dominus proprietatis nõ habet ius separatum ab ipsa proprietate neque formale, para percibir los frutos, porque el percibirlos es causatiue, & ratione dominij, sed ex hoc non sequitur, no poderse donar, ni enagenar estos frutos, y comodidades, remanente proprietate apud dominum, constituyendo derecho formal, y separado para poderse percibir, antes bien confiessa el Abogado contrario en el num. 44. de su alegacion poderse hazer pacto donatione, aut iure legati per text. in §. 1. institut. de vsufructu cum relatis à glossa, y como queda tantas vezes aduertido, el Colegio no pretẽde los dichos frutos, y comodidades causatiue; y como señor de los bienes destos mayorazgos, sino como derecho cõstituydo, y formal que se le adquirio, mediante donatione vniuersali præsentium, & futurorum.

Num. 16. *El señor no tiene el vsufruto de sus biẽnes separado de la propiedad, sino causatiuẽ, pero puedese separar cõstituyẽdole, o enagenando los frutos, y el derecho de percibirlos.*

Lo segundo que se responde es, que quãdo el señor de los bienes, qui habet dominium plenum alienat fructus percipiendos ex rebus suis per aliquod tempus, aut legat cum habeat plenam potestatem vsumfructum formalem quatenus est seruitus alienare donare, seu constituere censetur, q̃ es el caso expresso de las dichas leyes, si quis legauerit, y las demas, quę de contrario ponderantur, & referuntur num. pręcedenti; pero quando el que possee bienes sugetos a restitucion, o otros, cuya enagenacion está prohibida tacitè, aut expressæ fructus alienat, aut donat cum non possit vsumfructum formalem constituere, nec aliquod ius reale, & perpetuum super bonis prædictis imponere, es visto enagenar tan solamẽte la facultad, y derecho de poder percibir estos frutos, proporcionando la disposiciõ a su potestad, ad quod sunt iura expressa, d. l. qui tabernas de contrahend. emptio. d. l. necessario, §. finali, de periculo, & commo. d. l. arboribus, l. non vtitur cũ duabus seqq. de vsufructu, y la doctrina de Bartulo, Iuan Garcia de expensis, y del Padre Thomas Sanchez, de religios. statu, lib. 7. c. 13. á num. 14. cum seqq. que deximos alegados supra num. 11. & 12. y lo que mas es, que todos los Doctores que el Abogado contrario alega in sua allegatione, nu. 59. que son Bartulo, Negusancio, y el señor molina, in locis relatis supra num. 15. lo resueluen assi, & abundantissimè Fusarius de substitut. q. 525. qui plures refert

Num. 17. *Como quãdo el dueño enagena el derecho de percibir los frutos, constituye vsufructo formal, assi ni mas ni menos el que es señor de los frutos, vendiendolos, o enagenandolos constituye derecho de percibir los frutos.*

D num. 17.

num. 17. Y finalmente se responde, con lo que queda fundado supra à num. 7. videlicét, que doña Beatriz donó todo lo que pudo donar, y no coartó su disposicion a solos los frutos de los bienes, cuya propiedad huuiesse donado, pues comprehendio en ella todos, y qualesquiera bienes que adquiriesse hasta su muerte, en que están comprehendidos los frutos, ex d. num. 7.

Num. 18. *Resueluese lo mismo, en quanto al derecho de percibir los frutos, que en quãto al vsufructo.*

Y quedando como queda llano por todo este discurso, que en la dicha escritura de donacion del año de onze, quedaron comprehẽdidos los frutos, y comodidades destos mayorazgos, resultando por efeto desta dicha donacion la translaciõ del derecho, y facultad de poderlos percibir el Colegio, toto tẽpore vitæ donatricis, no se les hara dificultoso a los Abogados de don Iuan Alonso de percibir la realidad, y formalidad deste derecho trãsferido, y separado ab ipso dominio, & à iure vtendi fruẽdi, quod competit dominis causatiuè, & sub ratione vsusfructus formalis vsusfructuario, pues es derecho Real, y diferente, y que se transfiere in personã eius cui fructus donantur, aut venduntur, quedãdo impedido el verdadero señor, quo ad actum vtendi, & fruendi propter translationem commoditatis in alium, vt in exemplo textus in d. l. arboribus, & in d. l. non vtitur 44. cum seqq. ff. de vsufructu, l. si is qui bona 11. §. vsusfructus, ff. de pign. l. in venditione 8. in princip. ff. de bonis auth. iudicis posidendis quibus iuribus sic resoluunt, & constituunt prædictam differentiã Ioan. Garc. de expensis, c. 10. nu. 39. expresius Molin. Theolog. disputa. 7. colum. vltima, & alij quos refert, & sequitur Thomas Sanch. d. c. 13. num. 12. qui omnes hoc ius, & facultatem Realem appellant non personalem, como pretenden dar a entender los Abogados contrarios con el señor Molina, y otros Doctores, pero que sea real, o personal, nihil interst ad propositum, cum postquam nactum fuisset possessionem similis facultatis Collegium (vt ex dicendis in secundo puncto apparebit) ius in re habere dicitur glossa singularis, in l. 2. l. vbi in rẽ actio, verbo, *quolibet modo*, vbi Bald. quã sequitur, & exornat Salgad. de protectione Regia, 4. p. c. 8. num. 131. vers. *Et in tantum*.

SEGVNDO PVNTO.

Num. 19. *Refierese el assunto deste segundo pũto.*

¶ No menor resistencia hazen los Abogados contrarios en su alegacion, desde el numc. 48. a la verdadera resolucion deste segundo punto, que fundamos en nuestra alegacion á num. 15. mostrando a nuestro parecer con euidencia estar el Colegio en possessión actual de percibir estos frutos, y comodidades, para si en execucion de la dicha donacion duplici ex capite nempè virtute clausulę constituti, quæ in prædicta donatione in venitur apposita quam virtute naturalis aprehensionis, por auer cobrado el Colegio los frutos, y comodidades destos bienes, nomine proprio, y con consentimiento de la doña

ña Beatriz desde que sucedio en ellos, y tomó la possession, por el año de 25. hasta que se començó este pleyto, ideoque, niegan el efeto de la dicha clausula de constituto, procurando fundar, que por ella no se pudo transferir la possession deste derecho, y facultad en el Colegio por muchos medios, de quibus sigilatim agemus, y tambien niegã el hecho de auer prouado el Colegio la dicha possessió, y percepcion de los frutos; pero todo ello por medios tan asperos, y metafisicos, y contrarios a lo que està prouado por testigos, y por instrumentos que ninguno dellos, ni todos juntos, aliquid dificultatis nobis præstant, & sic facilimo negotio diluuntur.

Num 20. *La clausula de cõstituto obra tãto en los bienes presentes como en los futuros*

Innegable es la translació de la possession verdadera por la clausula de constituto, puesta en vna donacion, assi de los bienes presentes por la l. quod meo de acquirend. possession. como de los bienes futuros, adueniente tẽpore adquisitionis, ita quod eo momẽto quo adquiruntur donanti transferatur possessio eorum in donatariũ ex l. hac ędictali, §. omnibus, C. de secundis nuptijs, Alexand. in l. 3. §. in certam, column. penult. vbi Socin. num. 6. ff. de acquirend. possessio. Bald. in l. si quis argentum, §. sed si quidem, vers. Facit si aliquis, C. de donatio. & vltra dominum Molin. lib. 4. c. 2. num. 7. relatum in nostra allegat. num. 16. & Tauristas, in l. 17. Tauri, præcipuè Tellum, à nu. 21. tradit nouissimè Fontanell. de pactis nuptialib. claus. 11. gloss. vnica, num. 16. vbi refert Fabrum, Thesaurum, & D. Couarrub. y esta resolucion no la niegan los Abogados contrarios, aunque impugnan su aplicacion a nuestro caso, diziendo lo primero que se limita, quoties titulus est nullus, sine spe conualescentiæ iuxta gloss. in d. l. quod meo, verbo, *iusta*, ff. de acquirend. possession. & ex alijs relatis in allegatione contraria, num. 34. 35. & 36. y que esta donacion fue nulla, y aun obiter se alargan a dezir en el nu. 39. que fue simulada, porque desde el año de onze nunca ha posseydo en virtud della el Colegio, cui proxima est altera ratio, quæ in allegatione contraria adducitur, nu. 65. fundada en que por auer enagenado la dicha doña Beatriz los bienes de los dichos mayorazgos, contrauino, y cayó en la pena de priuacion dellos, con quese resoluio el derecho que tenia, y assi por esta causa tampoco pudo obrar la clausula de constituto, ex Tiraquel. de iure constituti, limitat. 29. a que queda bastantemente respondido in primo punto, que la donacion de los dichos frutos, y comodidades fue valida, y no contuuo especie de enagenacion de los bienes vinculados, ni por ella contrauino doña Beatriz a la voluntad de los fundadores, ni incurrio en pena alguna, maximè ex dictis supra num. 14. Et insuper, dezimos, que la simulacion que dizen auer auido en la dicha donacion, es imaginaria, y sin ningun fundamento, porque desde el dicho año de onze el Colegio ha posseydo todos los bienes libres de que doña Beatriz hizo donació, especificandolos en ella, sin ninguna controuersia, y oy los està posseyendo,

Refierense dos replicas de doña Isabel, y satisfazese a ellas, con que la donacion fue cierta, y verdadera, y no simulada, y D. Beatriz no incurrio en pena de contrauencion.

ſeyendo, y tambien ha poſſeydo los de los dichos mayorazgos, para en quanto a la percepcion de los frutos, y doña Beatriz en ninguna de las eſcrituras, y declaraciones que ha hecho en fauor de doña Yſabel ſu hermana ha inſinuado ſemejante coſa.

Num. 21. *Reſpondeſe a otra tercera replica que haze doña Yſabel, cerca de la clauſula de cõſtituto, que no puede el conſtituyẽte dexar de adquirir para el conſtitutario, y que doña Beatriz no proteſtò no adquirir para el Colegio.*

Y de menos conſideracion es lo tercero q̃ ſe opone contra el efeto de la dicha clauſula, ex Bald. in d.l. ſi quis argentum, §. ſed & ſi quidem, C. de donation. & Tello, in l. 17. Tauri, nu. 23. & ex alijs in allegatione contraria, nu. 60. nempè, que pueſto que la clauſula de conſtituto obre irremiſsiblemente en los bienes ya adquiridos, y tambien en los futuros para en caſo que ſe adquierã; eſto ceſſa todas las vezes que antes que llegue el caſo de la adquiſicion, donans intervertit conſtitutum contraria voluntate non intendendo poſſeſsionem adquirere nomine conſtitutarij, ſed proprio. Porq̃ ſe reſponde, lo primero, que lo mas cierto es, quod qui ſe conſtituit poſſeſſorem nomine alterius non poſsit in illius prȩiudiciũ poſſeſsionẽ intervertere per text. in l. cum nemo, C. de adquirend. poſſeſsion. & quæ ibi tradunt DD. & Bart. in d.l. quod meo, ff. eodem titulo, y la razon es, quia is qui in alicuius fauorẽ ſe conſtituit poſsidere bona futura ratione contractus tenentur adquirere vellit nollit, & ideo non poſſe intervertere poſſeſsionem in præiudiciũ alterius, vt in terminis quæſtionem reſoluit Salicetus, in l. actione, §. diximus, ff. pro ſocio, & in l. 2. C. de contrahend. empt. colum. 1. verſ. *Quæro vendidi*, y en eſto miſmo viene a quedar Tello, in d.l. 17. num. 22. & 23. a lo menos no ſe reſuelue a lo contrario. Lo ſegundo, que los Doctores de la contraria opinion conuienen, en que es neceſſaria declaracion expreſſa de no querer adquirir la poſſeſsion para el conſtitutario, antes que llegue el caſo de la adquiſicion, porque en llegando eodem inſtanti poſſeſſio transfertur virtute conſtituti, vt reſoluit Alciat. in d.l. quod meo, num. 17. Tiraquel. de conſtitut. ampliat. 32. num. 13. Tellus, in d.l. 17. num. 23. ibi: *Eleganter Claudius, in d. §. in certam, n. 3. vbi difinit neceſſariam eſſe declarationem expreſſam conſtituentis ſe nolle adquirere conſtitutario, Tiraq. in d. libro de conſtit. 32. ampliat n. 13. itaque iſta videtur communis opinio, quod ita demum conſtitutum habet efectum ſi tempore adquiſitionis non declarauerit ſe nolle adquirere conſtitutario.* Y doña Beatriz, ſin que precedieſſe ninguna proteſtacion, ni expreſsion de voluntad cõtraria, adquirio la poſſeſsiõ ciuil, y natural de los dichos bienes, por el miniſterio de la ley 45. de Toro, y dio poder para que la tomaſſen actualmente a dos religioſos de la Compañia, de la Ciudad de Cordoua, y la tomarõ en ſu nombre, con que fue viſto tomarla en nombre del conſtituario, vt cum Bart. Cuman. Franciſc. Aretin. & alijs, tradit Tiraquel. de iure conſtit. ampliat. 32. num. 17. y permitio que deſde luego gozaſſe de ſus frutos, y comodidades el Colegio de Ezija, como verdaderamẽte los gozó, y percibió, vt ex infra dicendis apparebit.

Num. 22. Quartum vero fundamentum, de quo in contraria allegatione,

n.51.& 52.tiene dos partes.La vna,que como el señor de la cosa nõ posee separadamente el vsufruto de la propiedad,sino causatiue, no puede mediante la clausula de constituto transferir possession en el vsufrutuario,cum sit fundamentum constituti possessio,ex Alex. in l. interdum,§.fin.ff.de acquir.posses.y que lo mismo es en el que enagena las comodidades,y derecho de percibir los frutos,ex Guid.Papa.super statut.delphina.verbo possessio,n.4.La segũda,que el derecho de percibir estos frutos y comodidades es personal , & sic non potest quæri per constitutum,sino que es necessaria tradicion Real del fundo,y vso de tal derecho cum scientia aduersarij,ex Antonio Gomez,Dom.Padilla,in l.si aquam,n.1.C.de seruit.Menoch.Couar.Petra, Dom. Ioan. del Castillo,lib.1.de vsufruct.c.12.n.29.& 34. sed in nulla parte hoc fundamentum iure fulciri potest.Primò,porque la resolucion de Alexandro,in d.l.interdum,§.vltimo,de adquirend. posses. es contra lo que primero resoluio Bartulo, in l. quod meo , eodem tit. y contra toda la Escuela de los Doctores, in dict. l. quod meo , & in capite cum Ecclesia Sutrina,de causa posse.& proprie.quos refert & sequitur Tiraq.de iure consti.ampliat.33.n.1.qui expressè reprobat Alexandrum,y todos vienen a concluyr per constitutum transire in vsum fructuariũ possessionem naturalẽ rei,ex qua fructus percipiendi sunt.Y otra quasipossession ciuil del derecho de percibir los frutos, vt ex text. in l. ait prætor,§.item ei,ff.ex quibus causis mayores, & ex Bart. Ripa, & alijs tradit Menoch. de recup.posses.remed.1.n.72.Y no solo esta resoluciõ es cierta en el vsufrutuario, in quem vera possessio naturalis, & quasipossessio ciuilis transfertur ex supradictis,sino tãbien procede lo mismo quoties tantummodo fructus & commoditates,& ius earum percipiendarum alienari potest, vt in specie iurium, & DD. de quibus supra n.11.12.13.porque tambien en este caso se transfiere la detentacion y possession del derecho de percibirlos,vt contra Guidonem Papa,cum Bart.in l.interdum,§.vltimo,vers.*Sed quæro aliquis naturaliter*,ff. de adquir.poss.Raph.Cuman.Anto.de Butrio,& alijs resoluit Tiraq.de iure constit.ampliat.20.& 33.n.3.& 4.ibi:*Sed id nonomninò inseparabile est à persona,cuius commoditas separari, & cædi potest, vt suprà diximus , nec video quid aliud impediat hanc naturalem vsusfructuarij possessionem transferri per constitutum,cum id perpetuum sit, vt fieri posit per ea quæ suprà diximus in 20. ampliatione*,expresius Statilius Pacificus,de Saluiano interdicto, inspectione 3.c.2. n.800.dõde hablãdo en las enagenaciones y donaciones de los bienes prohibidos de enagenar, y delos frutos y comodidades dellas,dicit:*Sexto amplia, quod per constitutum solun transfertur possessio talis commoditatis vtendi fruendi, vt per Tiraq. de constit.p.2.ampleat.33.n.4.* Secundo,porque tambien es resolucion llana y asentada,sin q aya quien lo contradiga, que la quasipossession de todos los derechos incorporales se transfiere por la clausula de constituto, vt resoluunt Innocent. in c.in literis col.vltima, de restit.spoliatorum,Bart.Bald.Ancarranus,

Respondese à otra tercera replica que haze doña Ysabel, cerca de la clausula de constituto, que no puede el constituyẽte dexar de adquirir para el constitutario, y que doña Beatriz no protestò no adquirir para el Colegio.

Corn. Guido Papa, & alij, quos refert & sequitur Tiraq. vbi proximè ampliat. 32. Tertio, porque Antonio Gomez Padilla, el señor Couarrubias, y el señor don Juan del Castillo, alegados para la conclusion, de que para la quasipossesion de los derechos incorporales es menester ciencia y paciencia del dueño, hablando en caso que no huuo entrega Real de la cosa o ficta, por la clausula de constituto, quo casu es cierta la dicha resolucion, por la l. quoties de seruit. & quæ ibi tradunt DD. y por lo que resueluen los dichos Doctores referidos: pero auiendo entrega, per clausulā constituti quasipossesio prædictorū iurium transfertur sine aliquo requisito, vt á nobis, vbi proximè probatū est.

Num. 23. *Otra respuesta a la instancia del numero precediente, que con la ciencia y paciēcia de doña Beatriz pudiera auer adquirido la quasipossession el Colegio.*

Cæterum, que confessando, como confiessan los Abogados cōtrarios en los numeros 52. y 53. de su alegacion, que la quasipossesion destos derechos se adquiere plenamente por la ciencia y paciencia del señor y verdadero dueño, habemus intentum, y nos vienen a confessar la possesion en el Colegio, destos bienes y frutos sobre que se litiga; porque no solo tiene en su fauor la clausula de constituto, de qua nobis sermo est, sino la ciencia, paciencia, y consentimiento de doña Beatriz, mediāte el qual el Colegio ha administrado los bienes destos mayorazgos, y percibido estos frutos, dandole a doña Beatriz lo necessario para el sustento de su casa y familia, en conformidad de la escritura de donacion, y aprouechandose de lo restante como de cosa suya propia; y en esta conformidad lo concluyen los 14. o 15. testigos del Colegio, en la pregunta 4. del interrogatorio ante el inferior, que se darán a v. m. y a estos señores a la letra, por torcer sus dichos y deposiciones los Abogados contrarios en su alegacion, n. 55. [de quo non parum miramur] diziendo, que doña Beatriz era quiē administraua estos bienes, y percibia los frutos, y tomaua todo lo que auia menester para el gasto de su casa, dexandole lo restante al Colegio para sus necessidades; siendo assi, que lo que concluyen todos los testigos, es, que el Colegio los administraua y daua a doña Beatriz lo necessario para sus alimentos; demas, de que quando doña Beatriz cobrasse, y se quedasse con lo que huuiesse menester, y lo demas diesse al Colegio, en quanto al efeto de la possesion viene a ser lo mismo, porque doña Beatriz posseyera nomine Collegij, y como su procurador, mediante cōstituto, y el cobrarse de su mano los alimentos fuera en execucion de la misma escritura, y el dar y entregar lo restante al Colegio de la misma suerte, quod potius corroboraret possesionem Collegij, quam destrueret, vt expressè in terminis resoluit Albertus Brunus, cons. 38. n. 14. & 15. inter consilia feudalia: con que concurren las cartas de pago que el Colegio dio a los inquilinos y colonos de los bienes deste mayorazgo, antes que el pleyto se començasse, de los frutos y rentos de los dichos bienes, que tambien prueuan la dicha possesion, quia per fructus perceptionem possesio probatur, vt fundatum extat in nostra allegatione, numer. 17. & additur Marta, de iuris. 4. part. casu 159. numer. 6. que aunque se opone

que

que son simples, se hallaron en poder de los mismos arrendadores que las reconocieron, y exhibieron para compulsarlas, en virtud de la prouision desta Chancilleria, y tambien ay finiquitos ante escriuanos, dados a los mismos, en que se comprehendẽ las dichas cartas de pago, que llaman simples, con que en ninguna manera se puede dudar de su credito.

Nec dici potest, que la percepcion destos frutos, y comodidades, y cartas de pago que dio el Colegio, no fueron nomine proprio, sino como mandatario de doña Beatriz, por auer dado la susodicha poder por el año de 25. para que se administrassen los dichos bienes, q̃ es instancia que se ha procurado dar a entender extrajudicialmente (aunque por no tener fundamento juridico, no se ha hecho por los Abogados contrarios en su alegacion) porque a ella està bastantemente satisfecho en nuestra primera allegacion, à nu.18. Et insuper respondetur, que aqui ay dos poderes que considerar. El vno el de la misma escritura, que fue en causa propia, y de cession, para que el Colegio pudiesse gozar los frutos de la dicha donacion. El otro el q̃ doña Beatriz dio el año de 25. despues de auer sucedido en los dichos mayorazgos a los hermanos Geronimo Fernandez, y Iuã Bautista Berro, el vno de la casa de Ezija, y el otro de la de Cordoua, para que administrassen los bienes de sus mayorazgos, y el Colegio acetó el primer poder en causa propia, juntamente cõ la escritura de donaciõ, y no acetó el segundo, ni fue poder para el dicho Colegio, sino para aquellos particulares, y asi fue visto en duda posseer los dichos frutos, y dar las cartas de pago iure proprio, y en su nombre, nõ autem alieno, l. Papinianus, & ibi glossa, & Alberi. ff. mandati cũ alijs infinitis quos congerit Tiraquel. de retractu linag. §. 10. gloss. 1. n. 3. & 4. & de iure constit. ampliat. 26. num. 15. & eo magis, auiendose hecho todo lo referido, y dadose las cartas de pago q̃ el Colegio presenta, expresso nomine Collegij. Rursus, que doña Beatriz despues de auer hecho la dicha donacion, y constituidose por posseedora en nombre del Colegio, y procuradora suya, hic enim est effectus clausulæ constituti, l. quod meo, de adquirend. possesion. qualquiera cosa que despues hizo en razon de la administracion de los dichos bienes, y el dicho poder que despues dio a los dichos dos hermanos se presume auerlo hecho procuratorio nomine, nisi expresse esset protestata suo nomine, & nõ alieno id fecisse, l. procurator 67. ff. de procurat. vbi eleganter Bart. num. 2. Anton. Nata, cons. 641. nu. 2. vol. 3. Tiraquel. in locis vbi proximé relatis, maximé d. ampliat. 26. nu. 15. ibi: *Secus si aßumpserit titulum procuratoris alterius, nam tunc pro illo sine nomine illius cuius se dicit procuratorem facere videtur.* Y es cierto auer sido este el concepto de la dicha doña Beatriz, y no otro, y que quando huuiera sido diferente, no pudiera obrar efeto ninguno, ni interuertir la possession que ya tenia adquirida el Colegio por la dicha l. cum

Num 24. *Que las cartas de pago que dio el Colegio, las dio nomine proprio, no alieno.*

Respondese a la replica que se haze en el poder que doña Beatriz dio a dos hermanos del Colegio de Cordoua, y Ezija.

nemo,

nemo, de adquirend. possession. & ibi tradunt DD. & per ea quæ supra num. 21. resoluimus; y mucho menos pudieran prejudicar la dicha possession los dichos dos hermanos, a quien se dio el poder, quādo huuieran sido estantes y habitantes ambos en el Colegio de Ezija, cum certum sit procuratorem, colonum filium, nec seruum posse aliquod preiudicium possessioni domini, aut patris inferre, l. finali, C. illo titu. l. 13. tit. 30. partit. 3. imó, que el mismo Prelado, y Rector del Colegio no lo pudiera hazer, nisi interueniente toto Collegio, & licentia superioris, en los casos permitidos, cum possessio Collegij, aut communitatis non sit apud particulares, sed apud totum Collegium, l. 1. §. municipes, ff. de adquirend. possesson. Bart. in d. l. 1. §. vltimo, ad finem, & Alexand. in eadem l. in principio, column. vltima, Bald. Anto. de Butrio, Innocent. & alij quos refert & sequitur Tiraq. de iure constit. 3. p. 16. limitat. per totam.

Num. 25.

La prohibicion de la enagenaciō puesta en las fundaciones; no se alargó a los frutos, ni comodidades.

Y siendo assi lo referido en los fundamētos precedientes, parum aut nihil obest, dezir, lo vno, quod stante prohibitione alienationis à lege, & à fundatore, y la exclusiō expressa del Colegio, ni doña Beatriz pudo transferirle al Colegio especie ninguna de possession, ni el Colegio adquirirla. Lo segundo, que quando mas pudo adquirir el Colegio, fue vna accion personal ad fructus petendos postquam á solo separati essent ex Bartulo, Negusancio, Molina, & alijs relatis in allegatione contraria, num. 59. porque demas de lo que queda respondido supra num. 17. & 18. & in alijs pluribus, se responde. Lo primero, que no es pretension del Colegio que doña Beatriz abdicasse de si la sucession del dicho mayorazgo, ni tampoco la possession ciuil, que como a sucessora le transfirio la ley; porque se confiessa q̄ esta possession fue inseparable de la misma doña Beatriz, y lo es todo el tiempo que viuiere; lo que se pretende es la possession, y detēcion natural de los bienes de los mayorazgos, quæ in facto cōsistit, para poderse percibir los frutos, y comodidades dellos, quæ separabilis, & distincta est, & potest esse apud incapacē possessionis ciuilis remanente possessione vera, & ciuili apud alterum, de quo in iure nostro sunt plura exempla in l. stipulatio ista, §. hæc quoque stipulatio, ff. de verbor. obligat. ibi: *Licet enim possidere ciuiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat*, l. quod seruus, l. possessio, §. qui in aliena, ff. de adquirend. possession. l. 4. §. item si ea, ff. de vsucapion. donde los esclauos, y hijos de familias, que no fueron capazes de possession ciuil, lo fueron de la natural, y tambien es texto expresso la l. naturaliter, ff. de adquirend. possession. vbi omnes resoluunt ciuilem possessionem apud dominum verum esse, naturalem autē apud vsumfructuarium, vel eos qui rem detinent, & fructus percipiunt, Bartol. in l. in summa, ff. vti posideris, Corn. cons. 33. nu. 23. volu. 4. Menoch. de retinenda possession. remed. 3. n. 70. & aliquibus seqq. y con esta distincion, cōponuntur prædicta iura cū l. adquiruntur, ff. de adquir.

Aunque el Colegio fuesse incapaz de la ciuil possession q̄ pertenecio a doña Beatriz, como sucessora de los mayorazgos, no lo fue de la natural.

rerum

rerum dominio, l. certè, ff. præcario, l. celsus, §. Iulianus, ff. ad exhibẽdum, & alibi sępè, vbi fructuarium modo possidere, modo non possidere absolutè dicitur, hęc enim expositio est nam dum iura sanciũt vsumfructuarium non possidere ad ciuilẽ possessionẽ referre debemus, iura tamen quæ simpliciter de possessione loquntur de naturali intelligenda sunt, vt vltra ordinariós in dictis iuribus signanter scribit Bald. in l. 1. post princip. C. communia de vsucapion. hy todos los Escolasticos modernos in locis communibus, & quamplurima tradit D. Paz, de tenuta, c. 1. à num. 35. Y assimismo pretende el Colegio otra quasi possession ciuil de percibir los dichos frutos, y comodidades, como de derecho real, y separado, y que doña Beatriz pudo enagenar por los dias de su vida, y el Colegio adquirir, como la adquirio, mediante la clausula de constituto, y el vso, y exercicio de la percepcion de los dichos frutos, y comodidades, vt ex Bartol. Tiraquel. & Statilio Pacifico probatum extat supra num. 22. & 23. quæ quasi possessio percipiendi commoditates, & fructus cum fiat nomine proprio, & animo domini dominantis ciuilis est, & ita in iure nostro appellatur, l. ait prætor, §. item ei, ff. ex quibus causis maio. gloss. in l. si plures, ff. de vi, & vi armata, Bart. in l. 1. §. interdictum autẽ hoc eodem titulo, & in l. naturaliter, in princip. de adquir. possessio. & cũ Ripa, & alijs, Menoch. de recuperand. possession. remed. 1. n. 72. ibi: *Extenditur secundo procedere etiam si vsusfructuario absente is occupator, & spoliator possessionem ipsam sit ingressus, nam & si apud vsumfructuarium nulla sit vera ciuilis, cum apud dominum permaneat, attamen dicitur habere quasi possessionem ciuilem iuris vsusfructus,* & expressius remed. 3. de recuperanda, nu. 74. & seqq. quæ duplex possessionis species, aunque no se huuiera adquirido mas que con solo vn acto, realis esset, & tẽpus præsens, & futurum ad fructus futuros respiceret, vt cum Innocentio, in cap. cum Ecclesia sutrina de causa possession. & proprietatis, Bart. Bald. Roman. & alijs, tradit expræsse Peregrin. de fideicõmis. art. 46. nu. 18. & 19. y en estas dos especies de possession, actual, y natural de los dichos bienes del mayorazgo necessaria, y precisa para efeto de poderse percibir los frutos, y comodidades por la l. naturaliter cũ similibus de adquirend. possession. y en la ciuil del derecho de poderlas percibir, que es lo que el Colegio ha pretendido, y pretende siempre, y de cuya adquisicion fue capaz, y que doña Beatriz pudo abdicar, y separar de si, y transferir en el Colegio, se halló el Colegio desde el punto q̃ doña Beatriz sucedio en los dichos mayorazgos quieta, y pacificamente, hasta que se mouio este pleyto, como lo tiene prouado por testigos, y instrumentos, cõtra lo qual no sabemos que se pueda, ni deua dezir.

estos frutos, y comodidades, por la donacion, & mismo por la possession q̃ adquirio de los bienes, y derecho de percibir los frutos.

Y tambiẽ adquirio el Colegio otra possessiõ ciuil del derecho de percibir los frutos, y comodidades, nomine proprio, & non solum para los frutos presentes, sino los futuros.

Mediante la possessiõ que adquirio el Colegio, le competen los interdictos possessorios.

Num. 25. Los interdictos le competẽ por razon de la dicha possession, competunt etiam aduersus dominum.

26 Nec præsentis disputationis est, aueriguar si este derecho de percibir las comodidades, y frutos de vna cosa prohibida de enagenar, es real, o personal, porque demas de que es real, respectu iuris, vt dic

Num. 26. El Colegio adquirio derecho real que siempre.

tum

estos frutos, y comodidades, por la donacion, & ius in re por la possession q̃ adquirio de los bienes, y derecho de percibir los frutos.

cum est supra nume. 17. nihil ad nos, porque esto seria al proposito, in initio donationis, aut alienationis, no auiendo interuenido entrega actual, aut per modum fictum de las cosas, ex quibus fructus, & commoditates percipiendæ sunt, tunc enim actio personalis, aut ex donatione cõpetret, vt res tradantur & vt ad percipiendos fructus paciencia prestetur iuxta Bart. in l. codicillis, §. instituto, q. 2. de leg. 2. Negusanc. de pig. 2. memb. p. 2. num. 49. y los demas Doctores relatos in contraria allegatione, num. 59. pero auiendo interuenido trãslacion de possesion per cõstitutum, o entrega real, y verdadera per pacientiam ad fructus percipiendos per donatariũ, el Colegio aunq̃ no tenga, ni pueda auer adquirido derecho de seruidumbre real, in bonis alienaii prohibitis habet tamen ius in re propter tenutam, & possesionem naturalem, quæ necessaria est ad vtendum fruendum fructibus, & commoditatibus, l. eorum 19. ff. de damno infecto, ibi: *Siue domini sint, siue aliquod in ea re ius habeant, qualis est fructuarius, & superficiarius*, l. vti frui, §. 1. ff. si vsusfructus petatur, gloss. celebris, verbo, *quolibet modo*, in l. 2. C. vbi in rem actio, ibi: *Dicunt aliud esse in eo qui habet ius in re, vt in feudatario emphiteuta creditore fructuario superficiario, & similibus.* Sequta per omnes communiter Alexand. consl. 122. nume. 7. lib. 5. Salgado, de protection. Regia, 4. p. c. 8. num. 131. ideoque competunt ei omnia interdicta possessoria tam pro prædicta possesione, & detentatione naturali tuenda, l. si is qui bona 12. §. vsusfructus, ff. de pigno. ibi: *Nam & emptorem vsusfructus tuetur prætor*, l. 1. §. qui superficiẽ, ff. de superficiebus, l. in summa, ff. vti possidetis, quã pro quasi possesione iuris vtendi, & fruendi, quæ etiam ei competit (vt supra dictum est) conseruanda, l. ait prætor, §. item ei, ff. ex quibus causis maio. glos. in l. 1. §. interdictum autem hoc de vi, & vi armata, & ibi Bart. & in l. si plures, in fine, illo titulo Bart. Ripa, & alij quos refert & sequitur Menoch. de recuperand. possesion. remed. 1. num. 69. & remedio 3. num. 75. cum seqq. quod adeo verum est, que aunque esta possesion nõ esset actualis, sino transferida por la clausula de cõstituto, competunt prędicta remedia possessoria, vt post Tiraquell. D. Molin. Alarc. Anton. Peregrin. Aluar. Valasc. & alios resoluit eleganter Salgad. de protection. Regia, 4. p. cap. 8. nume. 116. & 117. ad hoc videndus.

Mediante la possessiõ que adquirio el Colegio, le competen los interdictos possessorios.

Num 27.

Los interdictos q̃ competẽ por razon de la dicha possession, competunt tã aduersus dominus rei, quam aduersus vsufructuarius, & quẽlibet tertius inquietantem.

Quæ interdicta possessoria, quæ competunt similibus personis ratione possesionis naturalis, & quasi possesionis iuris vtendi, & fruẽdi, no solo competen aduersus tertium turbantem, sed etiam aduersus dominum proprietatis, quando vsusfructuario impedimentum præstat, & aduersus vsusfructuarium quando vsuario habenti ius ad commoditates percipiendas impedit eo vti, y es la razon, porque la possesion natural, y quasi possesion ciuil de percibir los frutos, es distinta, y separada del derecho que tiene el señor de la propiedad, y del vsufructo, cum possesio, quæ apud dominum est sit ciuilis respectu

pectu dominij, & totius rei, l, in summa 4. ff. vti possidetis, vbi Bart. num. 1. & 2. Angel. de Perus. num. 1. & 2. Corn. cons. 33. nu. 23. vol. 4. eleganter Menoch. de recuperand. possession. remed. 3. nu. 79. omnino videndus, & ideo, el Padre Thomas Sanchez, de Religioso statu, lib. 7. cap. 13. num. 12. concluye con que el señor de los frutos q̃ transfiere el derecho de percibirlos en otro, queda impedido de poder vsar mas dellos, his verbis: *Quare in vsufructuario transferente in alium hanc commoditatem manet verus pristinus vsusfructus, impeditus tamen quoad actum vtendi, & fruendi propter translationem commoditatis in alium.*

De todo lo qual, y de lo resuelto in primo puncto resulta; lo vno ser el Colegio verdadero dueño de los frutos destos mayorazgos, sobre que se litiga, y del derecho de poderlos percibir, mediante la dicha donacion. Lo otro auer adquirido el Colegio la possession natural de los dichos bienes, y la quasi possessiõ ciuil del derecho de percibirlos, assi por la clausula de constituto, como por auer vsado de la dicha possession, y percepcion de frutos, y hallarse en ella al tiempo que se mouio este pleyto. Lo tercero, q̃ en perjuyzio del derecho del Colegio, y su possessiõ D. Beatriz no pudo abdicar de si la sucessiõ de los dichos mayorazgos, a lo menos sin la carga del dicho derecho que adquirio el Colegio por los dias de la vida de doña Beatriz, como tambien està prouado ex pluribus iuribus, & DD. in nostra 1. allegatione, num. 39. Lo vltimo, que tratando doña Ysabel, como oy trata de impedir al Colegio la percepcion de sus frutos, y comodidades, y el vso, y exercicio de su possession, mediãte la escritura de renunciacion, que en su fauor hizo doña Beatriz, ha llegado el caso de poder vsar de todos los dichos remedios possessorios, ex dictis supra num. 26. & 27. de que no se puede tratar en esta Chancilleria, por total incõpetencia de jurisdicion, ex nostra allegatione, à n. 24. & ex dicendis infra in tertio puncto.

Num. 28. *Resolucion de lo q̃ queda fundado en este segundo punto.*

TERCERO PVNTO.

¶ Y con la possession que queda prouada en el segundo punto, se justifica la declinatoria propuesta por el Colegio, por las reglas ordinarias, de que el posseedor ad suũ forum remitti debet, c. si diligenti, c. cum sit generale, cum similibus iuribus, & authoribus adductis in nostra prima allegatione, num. 30. & 31. quod etiam procederet, no solo en el caso de estar el Colegio en la possession actual destos bienes, y del derecho de percibir los los frutos, como lo estaua tempore motę litis, sino en los terminos puros de la clausula de constituto, y dado caso que la controuersia se huuiera mouido entre doña Ysabel, y la dicha doña Beatriz, porque en este caso pudiera el Colegio entrar declinando jurisdicion, y pidiendo ser remitido a su fuero, cũ hoc casu domina Beatriz conuenta non possideret, sed Collegium

Num. 29. *Refierense los modos por donde el Colegio justifica su declinatoria.*

cuius

cuius nomine posidebatur, vt cum Angel. Panor. Decio, Ancharra. Carol. de Tapia, & alijs, resoluit eleganter Salgado, de protectione Regia, 4. p. c. 8. num. 147. ibi: *Etiam si sententia lata sit aduersus colonum, seu inquilinum Clerici rem ipsam detinentem, cum hoc casu conuentus non posideat, sed potius Clericus, cuius nomine posidetur, l. quod meo, in princip. de adqui. possess. c. cum venißent de restit. spoliat. cum quo quidem debebat lis agitari, & nõ cum eo qui eius nomine detinet ex dictis iuribus, quo casu est remittẽda ad Ecclesiasticum cum Clericus re vera sit possessor illius, & contra quẽ directo lis debet moueri.*

Num. 30. *Refierense las oposiciones que se hazen a la dicha regla por los Abogados de doña Ysabel*

Sin que puedan sacar el caso desta regla los fundamentos de la alegacion cõtraria, à num. 67. porque todos van fundados sobre vn fundamento falso, videlicét, que el Colegio nunca ha posseydo, que si esto fuera asi, no tuuiera dificultad la pretension de doña Ysabel, como tampoco la puede tener la del Colegio, siendo cierta, como lo es su possesion, lo qual tambien reconocen los Abogados contrarios, y aunque con esto pudieramos escusar otras respuestas, y satisfaciones particulares a los dichos fundamentos cõtrarios, adhuc, para que no quede cosa en que se pueda poner duda los yremos desshaziendo con suma breuedad. Primum ergo fundamẽtum est, que el Colegio salio a este pleyto, sin citarle, ni llamarle, & sic es reo volũtario, & debet coram iudice seculari causam prosequi, ex Ancharra. in cap. significasti, num. 14. de foro competenti. El segundo, q̃ quando la persona Ecclesiastica se opone a vn pleyto, declinando la jurisdicion del Iuez secular, fundando la declinatoria en su possesion, est quæstio facti, & non iuris, & sic debet docere apud iudicem secularem de sua possesione, ex Salgado, de Regia protectione, 4. part. cap. 14. num. 74. El tercero, que el Colegio tiene vna accion personal tan solamente, y asi no le compete ningun juyzio possessorio. El quarto, que el Colegio ha intentado vn remedio conseruandę possesionis, seu vti posidetis, y en estos juyzios vterque ex litigantibus est actor, & vterque est reus, l. 3. §. hoc interdictum, ff. vti posidetis, & ex D. Paz, de tenuta, cap. 63. num. 14. Salgad. d. 4. p. c. 14. nu. 85. & 86. El vltimo, que el Colegio se funda en vn titulo nulo, que no le puede aprouechar para nada, y doña Ysabel se funda en vn titulo valido, y en vna possesion transferida por la l. 45. de Toro, & ideo, aunque el Colegio tuuiera possesion como injusta, ni puede declinar, ni impedir los efetos possessorios, producidos por el dicho titulo de la l. 45. de Toro, q̃ doña Ysabel tiene en su fauor, vt notat Salgado, plures referens d. c. 14. num. 109.

Num. 31. *Refierese la respuesta de la tercera, y final replica de doña Ysabel.*

A los dos de los quales dichos fundamentos, que es el tercero, y este final, dexamos respondido en este discurso. Lo primero, que el titulo en que funda el Colegio su pretension, es titulo valido, y comprehensiuo de los frutos, y comodidades sobre que se litiga, sin que dello se pueda dudar. Lo segũdo, que del dicho titulo, no solo nacio

accion

accion perſonal en fauor del Colegio, para poder apremiar a cumplir el contrato a doña Beatriz, ſino accion Real perſecutoria de los bienes de los dichos mayorazgos de todos los demas comprehendidos en la donacion, ex DD. relatis ſupra num. 27. y por la clauſula de conſtituto, y aprehenſion de la dicha poſſeſsion, ius in re, ex iuribus, & DD. ſupra relatis, num. 26. Lo tercero, que por todos los dichos fundamentos, adquirio el Colegio derecho, non ſolum ad rem ſed iure, en perjuyzio del qual doña Beatriz, no pudo abdicar de ſi el derecho de ſu ſucſsion, ni de poſſeſsion de los dichos mayorazgos, ſaltim, por los dias de ſu vida, vt abunde ſimiliter probatum extat, in noſtra allegat. nu. 39. & in preſenti, num. 25. & 27. & addimus Ioãnem Valero Gartunianum, in tractatu de diferentijs inter vtrumque forum verbo debitum, differentia 4. nu. 5. & 6. affirmantem cum Nauarra, & alijs grauiſsimis DD. debitorem non ſolum, non poſſe creditoribus ſuis fraudare in bonis iam quæſitis, ſed etiam nec in adquirendis poſſe renuntiare adquiſitioni, de que reſulta, que quien atentò el preſente eſtado, litiga con titulo nulo, y reprouado, vtroque iure, es doña Yſabel, y tambien reſulta, no poder en virtud del pedir la poſſeſsion de los bienes que pretende, por las miſmas doctrinas, y autoridades, que alega, maximè, no pretendiendo la ſucceſsion de los dichos bienes, por muerte del vltimo poſſeedor, que ſon los terminos de la l. 45. de Toro, y pretẽdiẽdo la cõtra poſſeedor, cõ titulo de cuya validaciõ, no ſe puede dudar, ni haſta agora ſe ha tratado de impugnar en juyzio, q̃ es el caſo en q̃ tãpoco cõpete la poſſeſsiõ, ex d. l. 45. Tauri, vbi traddunt omnes, & tenet Dom. Molina, de primogen. lib. 3. c. 13. numer. 5. & cum pluribus, Dom. Paz, de tenuta, cap. 28. per totum maximè num. 22. Y viene a retorcerſe contra doña Iſabel la reſolución de Salgado, dict. 4. part. cap. 14. num. 109. Que habla, quoties Clericus nactus eſt poſſeſsionem, de bienes prohibidos de enagenar con expreſſa clauſula de prohibicion, & reſoluit poſſe executionem fieri in prædictis bonis per iudicem ſecularem, porque doña Beatriz pudo enagenar las comodidades y frutos de los dichos bienes, omni iure permittente, & non contradicente voluntate fundatorum, vt ſatis probatum eſt, y no pudo doña Beatriz enagenar los dichos frutos y comodidades en perjuyzio del Colegio.

Mueſtraſe, que el Colegio litiga, con titulo valido, y doña Yſabel, con titulo nulo.

Reſpondeſe a la doctrina de Salgado, que es en fauor de el Colegio, 4. par. cap. 14. num. 109.

Y boluiendo a la reſpueſta, y ſatisfacion del primero fundamento contrario dezimos, que el Colegio ſalio a eſte pleyto, pro tuenda, & conſeruanda ſua poſſeſsione, obligado de la perturbacion, y moleſtia, q̃ ſe le hazia, por auerſe pedido por doña Yſabel, la poſſeſsion de los dichos bienes, y el auerſe mandado ſequeſtrar, y ſequeſtrandoſe ſus frutos ſin ſu citacion, todo lo qual vino a reſoluerſe en vna ſimple citacion. Paulus Caſtren. conſ. 3. lib. 2. Lancello. de attenta. 2. part. cap. 4. ampliat. 2. expreſsius, Mieres, de maio. 3. part. quæſt. 16. num. 40. ibi; & ſic, venimos

Num. 32.

El Colegio ſalio a el pleyto ante el Iuez ſecular, ad ſui defenſionẽ, & pro tuenda ſua poſſeſsione, y en eſte caſo, nõ actor ſe reus fuit quia pro

uocatus, in judicius venit, y asi hade ser remitido a su fuero.

mos a estar en terminos claros, de q̃ el Ecclesiastico citado estando posseyendo deue ser remitido a su fuero, vt resoluunt Auctores inferius referendi, y quando no se considere mas de ser inquietado el Colegio, y perturbado en la dicha su possession, iudicialiter aut extraiudicialiter, non actoris, sed rei necessarij vices substinet, nam licet sine citatione, in iudicium venerit, venit tamen prouocatur ab alio, & in suam defensionem, alegando se possidere, por la regla de la l. non est cogendum 45. in fine de procu. l. de pupillo 5. §. qui nunciationem, ff. de noui operis nuntia. vbi notat Paulus Castrens. n. 3. Iasson, n. 1. Abbas, in cap. si quis contra clericum, num. 2. de foro competen. ad quod, demas de los textos, y Auctores, que referimos en nuestra alegacion, num. 29. es indiuidual, y sin respuesta la doctrina de Ancharrano, en el cap. significasti, de foro competenti, n. 14. donde proponiendo la question indiuidual de este pleyto la resuelue en fauor del Colegio his verbis: *Quanto quæro de quæstione facti quiddam, comparuit cum testamento coram iudice, & petijt se mitti in possessionem bonorũ, ex ædicto Diui Adriani tollendo facta pro clamatione si quis vellet se opponere, comparuit clericus coram isto iudice seculari, & se in contradictione opposuit, lite contestata, & factis probationibus lata est sententia contra quam opponitur de nullitate, ex eo quia clericus, non posuit litigare tali modo coram iudice seculari, quæritur ergo quid iuris, & videtur quod non valeat, quia clerico comparente debuit offerri libelus, & lis contestari coram iudice competenti, vt in l. final. C. de ædicto Diui Adriani tollendo vbi textus hoc aperte innuit, & dicitur, in vltima additione Accursius, & omnes D D. hoc tenent. contra istum ergo clericum qui se opposuit debuit offerri libelus coram iudice suo, quod autem iste clericus, in quæstione proposita censeatur reus, quia apparet quod ipse comparuit ad defensam, & ita consuluit quiddam Doctor,* y luego refiere, a Inocẽcio, y a otros, y và dando su parecer, y concluye; *Saluando tamen opinionem præfati Doctoris dic. quod aut iste clericus, qui se opponit nittitur ex possessione quia asserit se posidere, & est vera eius opinio, aut nõ nititur ex possessione, sed ex paritate tituli, quia asserit dictam hæreditatem ad se pertinere, & se potiorem esse sit vera opinio mea:* a quien sigue Marta, de iurisdictione, 4. part. casu 159. num. 13. ibi: *Dicit si possessor esset clericus, vel alia persona præuilegiata respectu fori ille non esset à mouedus de possessione, nisi conueniatur coram suo iudice, Petrus de Ancharrano, in cap. significasti, in 4. quæst. de foro cõpetenti distinguit an clericus posideat, & ita sit reus, & non est vlterius coram iudice laico conueniendus, aut non posidet, & sic erit actor, & debet coram illo comparere, eam dem opinionem sequuntur Barbatia, Bald. & Alexander, cons. 103. vol. 5. vbi dicit esse adeundum iudicem Ecclesiasticum, quia clericus immissus in possessione naturaliter futurus est reus.* Lo mismo resuelue con muchos Salgado, d. 4. par. cap. 14. à nu. 150. & seqq. & conuenit mirum in modum, quod traddit Bobadilla, in sua politica, libr. 2. cap. 18. num. 158. disputando la question de la tenuta, de quo in nostra allegatione, num. 36. cum seqq.

Y el

Num.53. *El Ecclesiastico que possee, à de oponerse, coram iudice seculari, & docere corã ipso de sua possessione, para que el Iuez seglar se inhiba, y remita la causa al Ecclesiastico.*

Y el segundo fundamento de los Abogados contrarios, es certissimo, y no se puede negar, pero el que mas apoya, y justifica la pretension del Colegio, para que este pleyto se remita a su fuero, porque Ancharrano in ea quæ.q.17.n.21.reg. iuris, in 6. Capicio, decis.8. Alexandro, y el señor don Christoual de Paz, a quien refiere, y sigue Salgado, d.4.part.cap.14. n.74.tocãdo la questiõ en nuestros terminos resuelue, q̃ el Clerigo posseedor tratãdose de la possessiõ de los bienes q̃ possee, o de su perjuyzio, corã iudice seculari debet oponere corã ipso, & sumatim corã eo de sua possessione docere, y hasta aqui es competente el Iuez seglar, porque es question de mero hecho; pero cõstando de prædicta possessione statim causa ad Iudicem Ecclesiasticum, remitti debet, & verbo Salgado sunt hæc; *Quia Clericus coram seculari iudice de possessione sua allegare tenetur, & sumatim docere ad hoc, vt fori declinatoria locum habeat, de qua iudex ipse laicus rectè cognoscit hanc doctrinam pulcher docet Ancharranus, Capicius, Decius, Alexander, Christophorus de Paz, vbi bene tractat, quod Clericus ratione suæ possessionis debet se oponere coram iudice seculari exequenti ad effectum, vt causa remittatur ad Ecclesiasticum,* y el Colegio se opuso, y prouò su possessiõ, coram iudice laico, por testigos y por instrumentos, y quando la tuuo prouada y le constò dello al Juez Inferior, opuso de su declaratoria, y oy ha hecho lo mismo en esta Chancilleria, despues que doña Ysabel ha suplicado de la sentencia de vista, y aunque tambien el Colegio pidio amparo de la dicha su possession, esto no lo pudo hazer, ni prorrogar la jurisdicion del secular en mas de lo que le competia, que fue para justificar el articulo de la declinatoria, vt resoluunt in terminis, todos los textos y Autores referidos in nostra allegatione, á num.32.33.34.& 35. y mas en terminos lo resuelue Ancharrano, in dict.cap.significasti, num.14. de foro compe. donde aunque el Clerigo posseedor salio ante el Juez seglar, a contradezir la possession de los bienes pedida por el lego, pidiendo se le diesse a el, y salio sentencia en su contra, nihilominùs, tuuo lugar la declinatoria, quãto mas en nuestro caso el Colegio nunca pidio possession de los dichos bienes, porque ya la tenia, como se asienta por llano por ambos Relatores.

Num.34. *Respondese al quarto fundameuto contrario.*

De donde tambien resulta la satisfacion del 4. fundamento contrario, de quo in sua allegatione, num.73. ex l.3.§.hoc interdictum, ff. vti possidentis; porque el dicho texto, y los DD. que por el se alegan, hablan quãdo non constat quis sit verus possessor, y assi no se pueden aplicar a el caso deste pleyto. Lo primero, porque el Colegio es el verdadero posseedor y cõ titulo, ex doctissima, n.31. Lo segũdo, porq̃ D. Isabel aun no ha llegado a posseer, porq̃ el remedio q̃ ha intentado, es el de adipiscẽdę, en virtud de la escritura de doña Beatriz, que no compete contra tercero posseedor, cuya possession debet auocari à iudice competenti, ex doctissi-

ctisima, numer.31. & 32. Lo tercerò, porque el Colegio no ha intentado el interdicto, vti prossidetis, que es sumarisimo, sino el retinendæ plenarij, in quo non actor, sed reus est ex supra dictis n.32. y es resolucion comun de todos los DD. in d.l.3. §. hoc interdictum, ff. vti possidetis, el qual no se pudo intentar, coram iudice laico vt manet resolutum, & etiam resoluit D. Paz. de tenuta, in cap. 63. alegado por los Abogados contrarios, que habla en terminos de la tenuta, que se intenta en el Consejo, cuya resolucion dexamos entendida, y satisfecha, in nostra allegatione, à num.36. Lo quarto, que quomodocumque sit, constãdo como oy consta ser posseedor verdadero el Colegio, y declinado jurisdicion, debet remitti ad suum forum, pues quando no vuiera opuesto la dicha declinatoria, y el negocio se vuiera determinado en reuista, y se tratara de la execucion de la Carta Executoria, y del derecho de percibir los dichos frutos y comodidades, se pudiera hazer la misma oposicion, y declinar la jurisdiciõ secular, ex communi omnium resolutione, & ex Couarr. practica. cap.33. num.2.

Ex quibus, quedan resueltos todos tres puntos, en fauor del Colegio, y satisfecho a los fundamentos de las alegaciones contrarias y llano; deuese remitir este pleyto a el Juez Eclesiastico, que del pueda, y deua conocer, & ita pronunciandum speramus. Salua in omnibus, &c.

El L. Alonso de Morales Ballesteros.